



DELITO DE BIGAMIA E INTERVENÇÃO MÍNIMA: O CASAMENTO É, AINDA, UM BEM JURÍDICO-PENAL?

DELITO DE BIGAMIA E INTERVENCIÓN MÍNIMA: ¿ES EL MATRIMONIO, TODAVÍA, UN BIEN JURÍDICO-PENAL?

¹Gerson Faustino Rosa

²Gisele Mendes De Carvalho

Resumo

O artigo trata dos crimes contra o casamento, tendo o delito de bigamia como figura central, que não mais se coaduna com a atual função do sistema penal, criticando-se a tutela bens jurídicos passíveis de proteção por outras esferas do Direito. Trata-se da política criminal relativa ao livre planejamento familiar, criticando-se o intervencionismo estatal em questões familiares. Destacam-se os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Apresenta-se a família como bem jurídico-penal, analisando-se o tipo penal do art. 235 do Código Penal e criticando-se tal criminalização, por tratar-se de tipo penal subsidiário, prescindível do ordenamento jurídico-penal.

Palavras-chave: Família, Constituição, Bem jurídico-penal, Intervenção mínima

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo trata de los delitos contra el matrimonio, y del delito de bigamia como figura central, que no es compatible con la función actual del sistema penal, criticándose los bienes que deberían ser objeto de protección por otras áreas del derecho. Se trata de la política criminal sobre la planificación familiar, criticándose la intervención del Estado en los asuntos familiares. Se destacan los principios de intervención mínima, fragmentaridad, subsidiariedad y proporcionalidad. Se analiza el tipo penal del art. 235 del Código Penal, criticándose dicha penalización, dado que es un tipo penal subsidiario, perfectamente prescindible por el ordenamiento jurídico-penal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Família, Constituição, Bien jurídico-penal, Intervención mínima

¹ Professor da Universidade Estadual de Maringá, UEM – PR, (Brasil). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, FADISP – SP, (Brasil). E-mail: gersonfaustinososa@gmail.com

² Professora de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá, UEM – PR, (Brasil). Doutora e Pós – Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza- ES, (Espanha). E-mail: giselemendesdecarvalho@yahoo.es



INTRODUÇÃO

Ao longo da história, embora por inúmeras vezes se tenha observado a moldagem social adaptando-se à determinação das normas – contrariando a premissa de que deveria ser o oposto: a norma adequar-se à sociedade, uma vez que o Direito decorre dos costumes, ou não decorre? –, mesmo que forçosamente, em nosso tempo isso deveria ser inadmissível.

Inegável que ainda restam resquícios fortíssimos desse imperialismo legal em nosso sistema jurídico, uma vez que a herança lusitana em nossa tradição patrimonialista e privatista é pontual. A supremacia do interesse capitalista, a estrita preservação e a tutela dos bens e a hegemonia da vontade dentro dos contratos são singelos reflexos que encerram ecos de legislações ainda pretéritas, como o Código Napoleônico e Código Canônico Medieval.

Todavia, do ponto de vista social, esta influência nem sempre é bem-vinda, pois a adequação forçosa da sociedade à norma afronta a espontaneidade do comportamento humano. E certamente, não há maior exemplo para tanto do que o próprio instituto do matrimônio, hoje tido como o ato profundamente humano de constituir família e que, em decorrência dos preceitos católicos, passou a ser tido como ato solene, sacral e, sob o prisma civilista, extremamente formal. Assim, tanto a matrimônio, como outras formas de união, hão de sempre adaptar-se ao “tipo” legal do casamento, dando ensejo a uma completa inversão de valores, pois prioriza-se uma formalidade em detrimento do homem, criminalizado por não amoldar-se a “sociedade disciplinar” da qual sempre “dependemos”, em decorrência de premissa ideológica *panóptica* - de Jeremy Bentham e, posteriormente, Michel Foucault -, onde a influência da institucionalização dos comportamentos abrange toda uma gama de regulações sociais, especialmente em relação as formações familiares, descortinando diametral oposição entre o que se faz na prática e o que se prevê nos códigos.

Modernamente, quando se vive a expectativa da elaboração de um novo Código Penal, que vem sendo debatido sob a promessa e necessidade de compilar grande parte da legislação penal extravagante, a comissão de juristas responsável pelo Anteprojeto de 2012 silenciou acerca da criminalização dos crimes contra a família, atendendo à atual política legislativa segundo a qual não poderia se utilizar da ingerência penal para, indiretamente, trazer à atuação do Direito Penal problemas referentes ao livre planejamento familiar e à paternidade responsável, uma vez que o Direito Civil, em especial o *novel* Direito das Famílias e, por vezes, o Direito Administrativo, tutelam de forma mais eficiente tais situações.



Ademais disso, é indiscutível a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, especialmente em relação aos seus membros, que de tão valorosa e essencial, é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais. Assim sendo, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre a gravidade do fato (crimes de contra a família) e a gravidade da pena (criminalização das condutas de bigamia – art. 235), propugna-se, neste estudo, que a tutela legal à família seja dada, em especial, mediante a descriminalização de tal delito, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tal conduta, pois a presente cominação penal, a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a segregar a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.

Ademais, o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio legis*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. É nessa esteira que, acerca da tipificação jurídico-penal de delitos contra a *dinastia*, indaga-se se seria o Direito Penal o meio necessário para a tutela da família, uma vez que o Direito Civil e o Direito Administrativo têm sido suficientes para a sua proteção, ao passo que o Direito Penal, ao intervir nas relações fraternais com intuito de salvaguardá-la, estaria ao contrário, lesionando-a.

Diante disso, serão apresentadas algumas soluções político-criminais, explanando-se as vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo, propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade: os limites da intervenção do Direito Penal na proteção da família. Empregar-se-á, para tanto, o método dedutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira, periódicos e demais documentos.

1 FAMÍLIA E ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Note-se que a Constituição de 1988, em seu artigo 226, trouxe à luz o comando normativo de proteção à família, que tem como destinatário-subordinado o Estado (Poder Público) em todas as suas funções, cabendo-lhe a promoção da família, rechaçando todas as interferências de terceiros, além dele próprio abster-se de turbar os organismos familiares.



Imprescindível se falar, inicialmente, da relação existente entre Estado Constitucional de Direito e Estado Legal de Direito, relação esta de complementaridade, visto que o primeiro nada mais é do que o aperfeiçoamento do segundo, destacando-se naquele o papel da Constituição e da jurisdição constitucional¹. Assim, melhor esclarecendo essa evolução, podem-se mencionar três etapas ou dimensões do Estado de Direito, às quais correspondem igualmente três fases de direitos fundamentais². No Estado liberal de Direito, são principalmente garantidas as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal³. O anseio pela liberdade face ao intervencionismo do “Estado” monarca restou demonstrado já em 1215, quando da conquista da Magna Carta pelos ingleses junto ao Rei João Sem Terra, momento em que desejavam que lhes fosse permitido construir livremente suas vidas, legalizando e limitando o totalitarismo do *Leviatã*⁴.

Em 1789, com a Revolução Francesa e a conseqüente criação do Estado moderno, alimentam-se, com as ideias iluministas, os ideais de liberdade, cunhados inicialmente nos aspectos econômicos - consagrados na expressão *laissez-faire, laissez-passer* - que irradiam seus efeitos para outras dimensões da vida humana⁵, especialmente a familiar, quando se passa a renunciar ao absolutismo romano em favor da liberdade, da defesa do livre planejamento familiar, da redução do *pátrio poder* em prol do *pátrio dever*, da libertação da mulher em face do poder marital, da igualdade de direitos entre o marido e a mulher, da independência patrimonial, “desfechando-se claramente na dissolução do grupo parental em favor da autonomia individual⁶”. Nota-se, nesse contexto, uma política deliberadamente dirigida contra a família, motivo pelo qual as tendências liberais, em última análise, levam ao

¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995, p. 3029.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564, leciona que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São, por igual, direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

⁴ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974; LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.

⁵ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁶ LACERDA, Romão Côrtes de (in) HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII, p. 299.



individualismo excessivo⁷ e à supressão da família, à negação de valor a esta *constante social*, que é o agrupamento doméstico, em benefício da superestimação do indivíduo⁸.

Após a construção liberal, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, não meramente formal, mas substancial, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do liberalismo, nascendo então o Estado Social de Direito, no qual objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social⁹. Essa figura do “Estado prestacionista”, que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, almejou também corrigir as discrepâncias sofridas pela instituição familiar, que encontrava-se vitimizada pela instabilidade fraternal, pela redução das relações patrimoniais à simples obrigação alimentar e pelo conseqüente desaparecimento da “grande família”, substituída por “famílias pequenas e frágeis demais para resistir à absorção para a vida geral do grupo social¹⁰”.

Evoluindo, o Estado Social segue em busca da sua constitucionalização, onde, atendendo aos preceitos kelsenianos, adota-se como núcleo axiológico-legal de todo o ordenamento jurídico-estatal, a Constituição. Assim, elabora-se o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas¹¹, cabendo às normas constitucionais (superiores) nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal¹². Fala-se, então, em um Estado Constitucional de Direito, quando se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de

⁷ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006, p. 23, ao leciona que, nesse período, “relativamente ao espaço social, nota-se uma alteração nas estruturas paradigmáticas tradicionais, como família, sociedade civil e nação, substituídas por despersonalização, desestatização, desconstituição e mesmo desjuridicização das relações sociais”.

⁸ Abordando o contexto francês no período pós-revolução, Lacerda discorre que “não é só o fim eleitoral, o fim sentimental, mas, no fundo, a tendência ao individualismo atomístico inerente ao regime liberal, que levava o legislador da Revolução Francesa a dissolver as associações pela célebre Lei Le Chapelier e a estabelecer

formas de dissolução de casamento em 1972, quase tão expeditas quanto as do Código russo de ‘1918 (Cf. HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 300-301).

⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 4-7.

¹⁰ LAMBERT, Edouard. *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative, in Les codes de la Russie soviétique*. I. Code de la famille, (traduit par Jules Patouillet), et II. Code civil (traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour). Collection de la Bibliothèque de l’Institut de droit comparé série central, Tome

9, Lion: Marcel Giard, 1925, p. 1-46.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 374-376.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225, pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais”.



informática, a biotecnologia, a paz, a assistência e a organização familiar, entre outros metaindividuais¹³. Em síntese, esse Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político. Essa ideia de liberdade plasma um estado de espírito, qual seja, o homem como centro onipresente da esfera política¹⁴.

Substitui-se, portanto, a tradição pelo contrato social; a soberania do monarca pela soberania nacional; a razão do Estado pelas normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos; do exercício unilateral do poder ao exercício compartilhado do poder, exercido pelos representantes da coletividade. Emergem, assim, as normas constitucionais, os direitos fundamentais e as leis como os lídimos instrumentos jurídicos¹⁵. A passagem da noção de Estado de Direito à de Estado constitucional é o reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da Constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição. Nesse passo, a lei, ao mesmo tempo medida de todas as coisas no campo do Direito, cede assim a passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de uma instância mais alta¹⁶.

2 A FAMÍLIA COMO BEM JURÍDICO CATEGORIAL

Em um Estado democrático, a tutela penal deve vir, impreterivelmente associada ao bem jurídico-penal, vale dizer, quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade (*Freiheitsvermutung*) – e da dignidade da pessoa humana¹⁷. As normas penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos¹⁸.

Por isso, diz-se que o bem jurídico-penal é o elemento central do preceito contido na norma penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito, na medida em que a norma descreve uma conduta proibida pelo ordenamento

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75-77.

¹⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.

¹⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV, p. 84.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 52-53.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis, *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

¹⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.



jurídico, justamente para propiciar a proteção de valores da vida individual ou coletiva¹⁹, diferentes de preceitos religiosos, convicções políticas ou morais, ou ideológicas, ou simplesmente sentimentos²⁰.

E como “porto seguro” de seus membros e base da sociedade, a família recebe especial proteção do Estado, tutela esta que a erigiu ao *status* bem jurídico-penal²¹. Nesta esteira, conforme a organização do atual Código Penal, o legislador, utilizando-se dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais para dar nomes, ora aos títulos, ora aos capítulos por eles ocupados, quando da elaboração do Título VII da parte especial, denominou-o “Dos crimes contra a família” e, o mesmo se fez com o Capítulo I deste título, objeto específico deste estudo, quando lhe foi dado o título de: “Dos crimes contra o casamento”, uma vez que almejou-se com a previsão dos tipos penais locados nestes capítulo e título, a proteção e manutenção da organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico.

Não se questiona aqui se seria este interesse vital digno da tutela penal, mas ao contrário, se seria ela necessária e útil para a sua proteção, uma vez que o moderno Direito das Famílias tem se mostrado extremamente eficaz na proteção e regulação das famílias.

Assim, veja-se que o bem jurídico “família”, que ora é considerado para efeito da incriminação de certos comportamentos, ou agravamento das penas aplicáveis em outros, da mesma forma serve-se para beneficiar os seus integrantes diante da clara prevalência do interesse estatal em se resguardar a família, especialmente quando confrontada com outros bens jurídicos de menor relevância²², como por exemplo, o patrimônio. Restando demonstrado que a melhor forma de se proteger a família é privando-a da ingerência penal.

3 O CASAMENTO COMO BEM JURÍDICO NOS DELITOS CONTRA A FAMÍLIA

O instituto jurídico do casamento, herança europeia legada pelos portugueses na colonização – e que tem suas bases na formação latina do Direito ocidental, cujo desenvolvimento e estrutura devemos aos romanos – sempre foi o veículo de inserção dos casais no universo da legalidade. Traço fundamentalmente católico, o casamento foi elevado à

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*.

6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 396; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1, p. 6.

²⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 12.

²¹ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 6.

²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 188



condição de dogma religioso e de instituição jurídica tão profunda e marcante, em certos momentos, quanto o próprio Estado²³.

Modernamente, porém, diante da reestruturada formação econômico-social, o casamento, paulatinamente, transforma-se. Nota-se um distanciamento, pelas novas gerações, da rigidez de conceitos, da previsibilidade da vida em comum, do formalismo e das responsabilidades legais. Assim, diante das crescentes modificações, o casamento tende a ter sua força mitigada em face da sociedade, dando ensejo às uniões paralelas, modalidades alternativas²⁴, e o casamento, como viga mestra da estrutura familiar, redesenha-se para corresponder às expectativas dos novos casais.

Nesse passo, incumbe ao Direito, especialmente ao Direito Penal, conceber os bens jurídicos “família” e “casamento” afastando-se do positivismo dogmático, na mesma medida em que se deve aproximar-se da realidade fática do meio social. Pois, apesar de tais valores advirem da religião e também, como nos demonstra a história, por interesses econômicos, incumbe à moderna Ciência do Direito tratar da família e do casamento, esvaziando-se da confusão Estado-religião e crime-pecado, buscando, ao contrário, uma caracterização mais sincera e palpitante da família moderna²⁵.

Ademais disso, o casamento civil, assim como o Estado, é criação do homem para o homem, que o fez para regulamentar o convívio social e harmônico, para permitir a formalização legal do matrimônio religioso preexistente, dando-lhe publicidade, fé pública. Logo, constata-se que, quando se criminaliza a bigamia, não se está a proteger o “casamento” como se observa pela sistematização do Código Penal (Título VII, Capítulo I – Dos crimes contra o casamento), mas a “fé pública”, pois se trata de uma fraude, de um engodo, ao sistema de registros públicos, de um atentado a certeza das relações jurídicas²⁶, substituindo-se o verdadeiro pelo não verdadeiro.

Quanto ao casamento, que para alguns é apenas um contrato solene²⁷, ou ainda para outros, uma instituição²⁸ em razão da necessidade do reconhecimento de autoridade competente para sua realização, o ideal seria sim manter sua proteção, porém, através da

²³ CARVALHO, Dimetri Braga Soares. *Direito de Família e Direitos Humanos*. Leme: EDIJUR, 2012, p. 69.

²⁴ *Idem, ibidem*.

²⁵ O Direito é um contínuo e permanente acumular de experiências. Código algum pode surgir do nada, havendo a necessidade de um profundo substrato estrutural para a codificação, de um conjunto de leis anterior, de maturidade para a tarefa, bem como técnicos capazes de captar as necessidades jurídicas de seu tempo (*Vide*

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 61).

²⁶ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 109-110.

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 40.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35; WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 410.



tutela cível, do Direito de Família, sem a intervenção penal, que já realiza a salvaguarda da fé pública.

4 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO DELITO DE BIGAMIA E À INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

O tipo penal incriminador intitulado pelo legislador ordinário como *bigamia* encontra-se descrito no art. 235, do Código Penal, e descreve, essencialmente, a conduta ativa de contrair alguém, sendo casado, novo casamento, incriminando-a com pena de reclusão de 2 a 6 anos, caracterizando infração penal de elevado potencial ofensivo.

Modernamente, o conceito de bigamia indica o fato de alguém, estando formalmente casado, convolar novas núpcias²⁹, ou ainda, o fazer antes de ter sido o casamento anterior dissolvido, anulado ou tornado inexistente³⁰. Todavia, historicamente, a presente definição vai além para alcançar a conduta de quem, estando casado, contrair casamento várias vezes, ou seja, o conceito de bigamia abrangia também a poligamia.

Constata-se que o presente delito, para existir, depende dos usos e costumes locais, principalmente onde se tem forte influência religiosa em defesa da monogamia. Conquanto a bigamia quase sempre apareça atrelada a motivação sexual, nos momentos de anormalidade social ela decorre da desintegração familiar, durante a ocupação militar numa guerra, na imigração etc., mas a bigamia não parece ser um problema tão grave que mereça a intervenção do Direito Penal. O Código Penal vigente, em seu tipo básico ou primário, conceitua a bigamia como matrimônio celebrado por quem, sendo casado, contrai novas núpcias. Pode-se afirmar, portanto, ser a incriminação da bigamia o reflexo e a consequência da concepção monogâmica do casamento³¹.

O bem jurídico protegido é a ordem jurídica matrimonial, lastreada pelo casamento monogâmico³², conforme afirma Magalhães Noronha que, “com a punição da bigamia o Código tutela a ordem jurídica matrimonial que se assenta no casamento monogâmico³³”, que

²⁹ SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal, parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias S. A., 1967, v. 4, p. 1063; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541.

³⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 770.

³¹ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541.

³² MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Turim: Editrice Torinese, 1950. v. 7, p. 635; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 927; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 222; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 235 a 361 do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3, p. 04.

³³ MAGALHÃES NORONHA. Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 3, p. 312.



é a regra entre os países em que vigora a civilização cristã³⁴. É evidente que o interesse superior ofendido com a ação incriminada é a organização da família, no particular aspecto da ordem jurídica matrimonial³⁵.

Portanto, tutela o Direito Penal, objeto jurídico que encontra-se regulado no Código Civil (Livro IV – Do Direito de Família, Título I – Do Direito Pessoal, Subtítulo I – Do casamento), com especial destaque para os impedimentos matrimoniais, descritos no art. 1521³⁶. Pode-se, pois, concluir que a tutela jurídica se faz sobre a organização familiar e, muito especialmente, sobre a ordem jurídica matrimonial.

Em verdade, não há qualquer bem jurídico-penal tutelado, mas apenas a razão de ser da incriminação, posto que a objetividade jurídica específica do crime de bigamia está no *status* conjugal, que impõe a pessoa casada o dever de não convolar novas núpcias³⁷. Por tais razões intrigamo-nos diante da construção da doutrina italiana pela necessidade de um “reforço” penal ao Direito Civil, uma vez que, nos dias atuais, a família tem sido tutelada a contento pelo *jus familiae*, que é, indubitavelmente, mais sensível e proporcional aos anseios familiares³⁸.

Como sujeitos do crime da *bigamia própria*³⁹, prevista no art. 235, *caput*, tem-se crime próprio ou especial, uma vez que só pode ser praticado por pessoas casadas e a ação criminosa consiste na violação de um dever decorrente do *status familiae*. Já na modalidade *imprópria*, em que o impedimento existe só para um, contida no § 1.º, do art. 235, se este conhece o obstáculo do outro e mesmo assim contrai casamento temos um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, seja homem ou mulher, desde que solteiro, porém

³⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541.

³⁵ FRAGOSO, Heleno Claudino. *Lições de Direito Penal, parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 2, p. 92.

³⁶ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (*grifei*)

³⁷ FRISOLI, F. Paolo. *L'oggetto della tutela penali nei reati contro il matrimonio*. Pola: Rocco, 1942, p. 26; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771, leciona que ter o casamento como a *ratio legis* da incriminação é a orientação preferível.

³⁸ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal argentino*. 5. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 401-402 alerta que, na Argentina, ao discutir-se no Congresso a elaboração da lei penal (n.º 13.944) que criminalizava o descumprimento dos deveres de assistência, surgiram algumas reservas sobre a necessidade de usar a ameaça criminal para o cumprimento dos deveres, tradicionalmente, mantidos e realizados no campo civil, cujas violações acarretam somente consequências de outro caráter.

³⁹ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 929, dispõe que a doutrina italiana, com base no art. 556, do Código Penal, denomina *própria* a bigamia quando o agente, casado, contrai novo matrimônio (crime próprio) e *imprópria* quando alguém, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada (crime comum).



mais brandamente sancionado, com reclusão ou detenção de um a três anos⁴⁰. Trata-se de delito pluripessoal, plurissubjetivo de encontro, bilateral, de convergência, pois reclama a intervenção de duas pessoas, ainda que uma seja inimputável ou não tenha qualquer impedimento, mas saiba da proibição do outro, posto que, sendo a conduta individual, não será aperfeiçoada a figura penal⁴¹.

Apesar da exigência da lei civil de que o casamento se realize entre pessoas de sexo diferentes⁴², uma resolução do Conselho Nacional de Justiça de maio de 2013 determinou que todos os cartórios do Brasil realizassem casamentos entre pessoas do mesmo sexo, resolução esta fundada nas decisões da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, de 05 de maio de 2011, oportunidade em que, por unanimidade de votos, reconheceu-se a união estável homoafetiva, dando interpretação mais ampla ao artigo 226, § 3.º da Constituição Federal, de modo a abranger no conceito de entidade familiar também as uniões entre pessoas do mesmo sexo, com fulcro nos princípios da liberdade, da igualdade e da proibição de discriminação.

Neste passo, ao contrário do que defende a parte da doutrina⁴³, é possível sim que o delito seja cometido por pessoas do mesmo sexo, pois o tipo penal exige apenas que alguém, sendo casado, contraia novo casamento. Considerando a atual licitude do casamento homossexual, caso pessoas de mesmo sexo, sendo casadas, venham a contrair novo matrimônio, estima-se que também restará subsumida sua conduta no tipo penal do art. 235, do Código Penal.

Segundo a doutrina, são sujeitos passivos o Estado e, secundariamente, o cônjuge do primeiro casamento e o contraente do segundo, desde que de boa fé⁴⁴. Com a devida vênia, também discordamos do presente entendimento, uma vez que ninguém tem mais interesse na legitimidade da celebração do que o próprio indivíduo que o contrai. Quanto ao Estado, tem sempre o interesse em preservar a ordem pública, as instituições e a ordem jurídica, e tal

⁴⁰ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 222; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 928; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1035; GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 768; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 04; DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 627.

⁴¹ MANZINI, Vicenzo. *Op. cit.*, p. 634; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 929; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541.

⁴² Art. 1.517, do Código Civil: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

⁴³ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 929.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 928; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 541; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1035; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 768; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 04; DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 627.



interesse geral, quando violado, coloca-o, no máximo, como sujeito passivo secundário, mas nunca primário. Assim, sustenta-se que são sujeitos passivos tanto quem contrai o matrimônio com pessoa que desconhece ser casada e o consorte do matrimônio anterior⁴⁵.

Ao se admitir a colocação do Estado como vítima primeira do delito de bigamia, estar-se-ia publicizando demais um instituto predominantemente do Direito Privado, subvertendo a razão de sua criação. Esta é também a interpretação que decorre da presente criminalização, onde o Estado, equivocadamente, vale-se da ingerência penal para tratar de um ato jurídico do Direito de Família, mais especificamente de um contrato entre particulares⁴⁶.

Ademais disso, não pode ser considerado como sujeito passivo o Estado porque, sendo o ente tutelar, é o denominador comum na tutela de todos os crimes. Tampouco a família não poderá ser considerada como sujeito passivo do delito, embora possa, inegavelmente, ser ofendida pela conduta. Essa família, que empresta o nome ao Título VII, do Código Penal, é o bem jurídico categorial da tutela penal, é o objeto comum, e não o sujeito passivo, nem também, o objeto jurídico específico da singular incriminação, que é o casamento. Não se venha, outrossim, pretender afirmar que os sujeitos passivos são todos os membros integrantes da família, mas somente o cônjuge que contrai o matrimônio com pessoa que desconhece ser casada⁴⁷.

O casamento somente religioso, seja ele anterior ou posterior ao civil, não leva a caracterização o delito, desde que não realizado na forma do art. 226, § 2.º, da Constituição Federal⁴⁸, pois, em regra, não gera efeitos civis. Todavia, se observado o disposto nos arts. 1515 e 1516 do Código Civil⁴⁹, ou seja, se registrada a união religiosa, haverá sim a produção de efeitos civis e criminais⁵⁰.

Eventual separação judicial é irrelevante, pois não põe fim ao vínculo conjugal, e impede, da mesma forma, a celebração de novo casamento. Assim, tendo em vista a união matrimonial perdurar até a realização do divórcio, mesmo diante da separação judicial, se

⁴⁵ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 222-223; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771-772.

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 46, leciona que “tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato”.

⁴⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771-772.

⁴⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

⁴⁹ Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 05; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 772; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 95; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 930; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 542.



houver novo casamento, configurado estará o crime de bigamia. Sob outra perspectiva, ocorrendo o divórcio, ocorre também a cessação dos efeitos civis do primeiro matrimônio e a celebração do segundo não integra o delito em apreço. Semelhantemente, a simples declaração de ausência de um dos cônjuges não exclui o impedimento para que aquele que permaneceu se case novamente, uma vez que não há presunção de morte, podendo dar ensejo ao delito de bigamia caso contraia novo matrimônio⁵¹.

Deixa de existir o crime quando declarado nulo⁵² ou anulado⁵³ o matrimônio anterior ou o posterior, este por razão diversa da bigamia⁵⁴. Embora o texto de lei não exija expressamente que o casamento seja válido e eficaz, salvo melhor juízo, tal validade é pressuposto básico da existência do matrimônio anterior, bem como do delito de bigamia. Em verdade, é por demais despiciendo que o tipo penal adentre em tais minúcias, pois casamento inválido não é casamento para o Direito Penal, não servindo como pressuposto para a configuração do crime em apreço. Por tais razões, anulando-se o matrimônio anterior, considerar-se-á inexistente o crime de bigamia, extirpando-se, conseqüentemente, todos os efeitos penais⁵⁵. Diferentemente, há quem defenda tratar-se, não de hipótese de inexistência do delito, mas de extinção do crime⁵⁶.

Ademais disso, observa-se que os atos preparatórios do novo casamento já poderão configurar o delito de falsidade documental⁵⁷, uma vez que a elaboração dos “proclamas” demandará a precedente falsidade, no mínimo, tendo o agente que declarar estado civil

⁵¹ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 930; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 772; PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 543.

⁵² Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - por infringência de impedimento.

⁵³ Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

⁵⁴ Art. 235, § 2º, do Código Penal – “Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 223, ensina ainda que “havendo ação anulatória do primeiro casamento em curso, a ação penal deverá ser suspensa, pois trata-se de questão prejudicial, aplicando-se o artigo 92 do Código de Processo Penal”. No mesmo sentido *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 06.

⁵⁶ MAGALHÃES NORONHA. Edgard. *Op. cit.*, p. 303, leciona que “faltando o pressuposto (leia-se, casamento válido) não haverá crime. Não se trata de extinção da punibilidade, mas de inexistência do delito, conforme diz a lei, conquanto nos pareça mais exata a expressão extinção do crime, como, aliás, se fala na Exposição de Motivos, pois existe o segundo casamento, se o primeiro ou mesmo o segundo é anulado, não se pode dizer que não existiu o que de fato teve existência, mas sim que se extinguiu o que existiu. Concomitantemente se vê que a lei tem em consideração a vigência formal do casamento, sua existência formal e não a validade” (*grifei*); no mesmo sentido *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 06.

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 930.



diverso do verdadeiro⁵⁸. Somos então, induzidos a concluir que o melhor caminho é o da desnecessidade da intervenção do Direito Penal nas questões familiares, ao contrário do que ocorre com a criminalização da bigamia, o que já é suprido pelos impedimentos à realização do matrimônio previstos no Código Civil, bem como, pela criminalização da falsidade documental, conforme demonstrados acima.

Quando a pessoa casada contrair mais de um matrimônio, além do primeiro casamento, entende-se majoritariamente tratar-se de hipótese de concurso material de crimes de bigamia, pois o fato de já ser bígamo não imuniza a prática repetitiva do mesmo ilícito penal⁵⁹, havendo ainda aqueles que defendem tratar-se de crime continuado⁶⁰. Importa salientar que ambas serão possíveis, a depender da forma como se realizam os casamentos, pois caso se verifique a presença das mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, será perfeitamente possível a continuidade delitiva, senão, mais correta será a aplicação do concurso material. Lembre-se ainda, que o posterior divórcio de cônjuge que contraiu segundas núpcias não constitui motivo que o isente do crime de bigamia, visto que o divórcio não representa nulidade do matrimônio⁶¹.

Tem-se ainda, no § 1.º do art. 235, do Código Penal, uma modalidade privilegiada de bigamia, também denominada imprópria, onde se pune aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo tal circunstância. A legislação pátria disciplinou separadamente a conduta daquele que, sendo solteiro, viúvo ou divorciado, casa-se com pessoa casada, ciente da existência de vínculo conjugal anterior, exigindo-se dele o dolo direto⁶². Nessa hipótese, optou o legislador por punir de forma mais branda o agente, reduzindo a pena pela metade, tendo em vista ser menor o desvalor da ação⁶³.

O Direito mostra, como nunca, sua necessidade de ser pensado, não só como algo estanque, mecânico, matemático, mas como uma realidade dinâmica que se interpreta não

⁵⁸ Falsidade ideológica: Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 930; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 224; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 772; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 542; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 05; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁰ MAGALHÃES NORONHA. Edgard. *Op. cit.*, p. 304; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1036.

⁶¹ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959, v. 6, p. 144; LACERDA, Romão Côrtes de; (in) HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 324-325; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 98-99; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 06.

⁶² O Código Penal português, diferentemente, em seu art. 247, equipara a bigamia própria à imprópria, punindo com prisão de até dois anos ou multa de até 240 dias quem, sendo casado, contrair outro casamento, ou contrair casamento com pessoa casada.

⁶³ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 931



somente numa perspectiva legalista, mas no mínimo, numa dimensão que congrega a norma como um todo, respeitando-se princípios e costumes, dando-lha projeção axiológica e inserção fática, viabilizando-se o atendimento de todas as peculiaridades do caso concreto.

Nesse passo, a Constituição Federal trata a família como a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado (art. 226, *caput*), assegurando o livre planejamento familiar do casal. Prevê ainda, o casamento e a união estável, como formadores do núcleo familiar. Esta, no entanto, está fora da proteção dispensada pelo Direito Penal, pois o tipo penal exige que se contraia novo casamento, sendo casado. Logo, quem contrai nova união sendo casado não realiza a conduta típica.

É intrigante a construção jurídico-doutrinária italiana pela necessidade de uma proteção penal ao pecado, e não ao crime, iniciada com a confusão adultério-bigamia, para posteriormente torná-los autônomos e, ao final, revogar-se o delito matriz (adultério), mantendo-se, todavia, o crime dele decorrente (bigamia). Além disso, desnecessária, pois o Direito Civil já tutela há muito o casamento, e prevê diversos impedimentos para sua ocorrência, sendo dispensável a intervenção da ingerência penal, até porque, nos dias atuais, a família tem sido tutelada a contento pelo *jus familiae*, que é, indubitavelmente, mais sensível e proporcional aos anseios da estirpe.

Viu-se, portanto, que diante do desrespeito ao impedimento matrimonial previsto no art. 1521, VI, do Código Civil, aquele que contrai novo matrimônio sendo casado poderá responder criminalmente pelo cometimento do crime de bigamia, contrariando o princípio da intervenção mínima, segundo o qual, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. É nessa esteira que, acerca da tipificação jurídico-penal de delitos como a bigamia, questionamo-nos se seria o Direito Penal meio necessário para a tutela da família, uma vez que, os Direitos Civil e Administrativo têm sido suficientes para fazê-lo, ao passo que, o Penal, ao intervir nas relações fraternais com intuito de salvaguardá-la, estaria ao contrário, lesando-a.

Assim, tendo em vista a previsão de punição inclusive de atos preparatórios do novo casamento já configurarem o delito de falsidade documental⁶⁴, uma vez que a elaboração dos “proclamas” demandará a precedente falsidade, pois no mínimo, terá o agente que declarar estado civil diverso do verdadeiro para poder casar-se novamente⁶⁵. Concluimos então que, o melhor caminho seria o da não intervenção do Direito Penal nas questões familiares, ao contrário do que ocorre com a criminalização da bigamia, o que já é suprido pelos impedimentos à realização do matrimônio previstos no Código Civil, bem como, pela criminalização da falsidade documental.

Assim, a pretexto de se proteger o “casamento”, o Direito Penal tutela a “fé pública”, a credibilidade dos atos estatais, dos registros do Estado, criminalizando-se, sobretudo, a fraude do bígamo que engana o Estado e, por vezes, o cônjuge, e não a violação ao casamento, pois não incumbe ao Direito Penal realizar esta tutela, e sim ao Direito de Família, uma vez que são interesses que prescindem da tutela penal pela sua carga de intimidade, restando somente à própria família optar pela busca ou não da proteção Estatal.

CONCLUSÃO

Como facilmente se afere, inexistente algo mais fascinante e ao mesmo tempo misterioso que o fenômeno criminal. Não obstante, por vezes, o fato revele simplicidade, pode ele ensejar configurações que aguçam a mais excepcional das inteligências. O crime acontece no ventre social, porém, deve-se considerá-lo como um fenômeno eminentemente humano, afinal, o crime nasce com a humanidade. Houve já quem considerou o crime um fato normal, inerente à própria existência humana. O crime como fenômeno social e, portanto, humano, deve ser estudado à luz da natureza desse ser complexo cuja dignidade transcende superficiais conceitos legais estabelecidos em épocas de lógica pouco democrática. Veja-se que o delito não só é um *fenômeno social normal*, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 930.

⁶⁵ Falsidade ideológica: Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.



Afirmar-se que o ser humano tem livre-arbítrio sobre seus atos, podendo posicionar-se ou não, de acordo com a lei - sem uma coerente e necessária observação de fatores criminogênicos, vindos da própria constituição do delincente ou do meio social em que vive -, pode conduzir a um infecundo e arbitrário Direito Penal das presunções, mecanismo odioso do ponto de vista democrático. Maior relevo se dá a essa questão quando associada à discussão da tutela penal da família, mais precisamente do casamento. Nessa linha, o tratamento penal da família é incompatível com os postulados de racionalidade que devem informar os atos do governo em um Estado Democrático de Direito, ao se instituir no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado e, portanto, ao Direito penetrar. É cediça, portanto, a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, que de tão valorosa e essencial é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais.

Sob esse ângulo, a descriminalização da bigamia é um impensável imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual, que colocaria a legislação pátria em consonância com as novas tendências do Direito Penal Internacional minimalista, contrário ao modelo fascista italiano, que hoje é menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem a união pluriafetiva, mas somente tornam transparente que o Direito Penal repressor tornou-se absolutamente ineficiente neste tópico, devendo ceder passagem para as demais instâncias do controle e assistência social e para os demais ramos do Direito, especialmente o Direito Civil.

Nessa linha, sabe-se que o Direito Penal possui maior força simbólico-comunicativa, o que deve ser preservado para a repressão das maiores violações a bens jurídicos. É ainda, de conhecimento geral, a grande importância da família para o Direito e para a sociedade, por isso, não se propugna aqui a exclusão da proteção familiar, nem a diminuição de sua importância, mas somente a adequação da tutela legal, tendo em vista ser o Direito Penal instrumento inapto para proteger a família, mais ainda, o casamento. Motivo pelo qual ela deve deixar de ser um bem jurídico-penal, mas jamais um bem jurídico, pois é direito constitucional de todos, verdadeira base da sociedade, tutelada mais eficazmente pelo moderno Direito das Famílias, que o faz na exata medida, intervindo sensivelmente na esfera privada, na intimidade de seus integrantes, diferentemente do Direito Penal que é extremamente invasivo e lesivo, pois vale-se de mecanismos coercitivos inadequados para a família, dos quais ela não precisa, uma vez que



a polícia e a justiça nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar, mas ao contrário, prestam-se somente a segregar a manchar os laços fraternos.

Quanto ao casamento como bem jurídico específico, por óbvio também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Ademais disso, desnecessária a previsão criminal da bigamia, pois a falsidade documental já seria suficiente para tutelar o “casamento”, que é alcançado pela proteção da fé pública, não cabendo ao Direito Penal criminalizar o ser humano em prol de um “contrato solene”, que é criação do homem para o homem.

Desta forma, melhor seria que tais questões fossem solucionadas pelas próprias famílias, e somente, um último caso, pela justiça cível, através da vara de família, mas nunca pela criminal, pois como dito, trata-se de um problema, por mais reprovável que se mostre, essencialmente familiar, que gravita em uma esfera onde a persecução penal deve abster-se de penetrar, em especial pelas feridas perenes que poderão restar de sua intervenção.

Saliente-se, por derradeiro, que o Anteprojeto do “novo” Código Penal⁶⁶, em votação no Congresso Nacional, aboliu o Título VII, onde tratava dos crimes contra a família, não fazendo qualquer menção a tais modalidades, coadunando-se com a atual política criminal de preservar a família por searas diversas do Direito Penal, uma vez que, como dito, nada tem a contribuir com o clã fraterno. Além disso, já existem outros crimes que suprem tais cominações, conforme demonstrado *supra*, ao se realizar uma análise crítica do tipo penal.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Reflexões: Política e Direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

O Projeto de Lei (PLS 236) encontra-se disponível, na íntegra, em:

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em 04/jun/2013.

CARVALHO, Dimetri Braga Soares. *Direito de Família e Direitos Humanos*. Leme: EDIJUR, 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CUELO CALLÓN, Eugenio. *Derecho Penal - Parte Especial*. Barcelona: Editorial Bosch, 1975.

DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959, v. 6.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal, parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 2.

FRISOLI, F. Paolo. *L'oggetto della tutela penali nei reati contro il matrimonio*. Pola: Rocco, 1942

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

GOMES NETO; F. A. *Novo Código Penal Brasileiro. Parte especial: comentários aos artigos 121 a 249*. São Paulo: Editora Leia Livros, 1985, v. 3.

GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999.



GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1ª. ed. Valencia, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. *Actualidad Penal*, n. 43-22, p. 635-646, 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LAMBERT, Edouard. *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative, in Les codes de la Russie soviétique*. I. Code de la famille, (traduit par Jules Patouillet), et II. Code civil (traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour). Collection de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série central, Tome 9, Lion: Marcel Giard, 1925.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, t. II.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. MAGALHÃES

NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Turim: Editrice Torinese, 1950. v. 7. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV.

NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial - arts. 121 a 361*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PISAPIA, Gian Domenico. *Delitti contro la famiglia*. Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1953.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial - artigos 121 a 249*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.

_____. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal, parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias S. A., 1967, v. 4.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal argentino*. 5. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.